ÉD G A R

G O N Z Á L E Z L Ó P E Z

D I R E C T O R

COMENTARIOS A LA LEY DE
TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN
Y LAS COMUNICACIONES – TIC
(LEY 1341 DE 2009)

CON LA COORDINACIÓN DE
SANDRA MILENA ORTIZ LAVERDE
LUZ MÓNICA HERRERA ZAPATA

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Comentarios a la ley de tecnologías de la información y las comunicaciones -TIC (Ley 1341 de 2009) / director Edgar González López; con la coordinación de Sandra Milena Ortiz Laverde y Luz Mónica Herrera Zapata. – Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.

1453 p.; 24 cm. + 1 CD-ROM

Incluye bibliografía.

ISBN: 978058710627 5

1. Tecnologías de la información y las comunicaciones – Legislación – Colombia 2. Telecomunicaciones – Aspectos jurídicos – Colombia 3. Tecnología de la información – Aspectos jurídicos – Colombia 4. Sociedad de la información – Colombia. 5. Ley 1341 de 2009 I González López, Edgar, director II. Ortiz Laverde, Sandra Milena, coordinadora III. Herrera Zapata, Luz Mónica, coordinadora IV. Universidad Externado de Colombia

384

SCDD 21

Catalogación en la fuente – Universidad Externado de Colombia. Biblioteca

Marzo de 2013

ISBN 978-958-710-627-5

© 2010, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Calle 12 n.º 1-17 Este, Bogotá

Teléfono (57 1) 342 0288

publicaciones@uexternado.edu.co

www.uexternado.edu.co

Primera edición: noviembre de 2010

Diseño de carátula: Departamento de Publicaciones

Composición: David Alba

Impresión y encuadernación: Nomos Impresores

Tiraje: de 1 a 1.000 ejemplares

Impreso en Colombia

Printed in Colombia

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra, sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad de los autores.

CONTENIDO

PRESENTACIÓN	13
Reflexiones sobre el nuevo marco normativo de las tecnologías de la información y las comunicaciones en Colombia <i>Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo</i>	23
La Ley de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (Ley 1341 de 2009) <i>María del Rosario Guerra de la Espriella</i>	63
TÍTULO I DISPOSICIONES GENERALES	
CAPÍTULO I PRINCIPIOS GENERALES	
OBJETO DE LA LEY	
PRINCIPIOS ORIENTADORES Y LOS CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN DE LA LEY	
Los principios generales y los principios orientadores en la Ley de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones <i>Édgar González López</i>	103
INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN EL SECTOR DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES	
Tecnologías de la información y las comunicaciones y servicios públicos. Fundamentación de la intervención del Estado en el sector <i>Alberto Montaña Plata</i>	173
SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN Y DEL CONOCIMIENTO	
La sociedad de la información y la Ley de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones <i>Daniel Peña Valenzuela</i>	197

TÍTULO II

PROVISIÓN DE LAS REDES Y SERVICIOS

Y ACCESO A RECURSOS ESCASOS

HABILITACIÓN GENERAL Y REGISTRO

Habilitación general. Titularidad estatal y registro de proveedores para la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones

La transformación del título concesional del Estado

Solmarina de la Rosa Flórez 231

Agenda integral para la inversión en infraestructura de TIC según la Ley 1341 de 2009

Daniel Enrique Medina Velandia 253

Reformas necesarias de la regulación de redes y servicios con la Ley 1341 de 2009

Cristhian Lizcano Ortiz 273

La regulación por mercados: la nueva perspectiva del sector de las telecomunicaciones

Sandra Milena Ortiz Laverde 293

Regulación basada en análisis de mercados relevantes a la luz de la Ley de TIC: su vigencia, legalidad, pertinencia y utilidad

Andrea del Pilar Camacho 337

ESPECTRO RADIOELÉCTRICO

ACCESO

CONTRAPRESTACIÓN

El espectro radioeléctrico en la Ley 1341 de 2009

Alfredo Fajardo Muriel 405

TÍTULO III
ORGANIZACIÓN INSTITUCIONAL

CAPÍTULO I
DEFINICIÓN DE POLÍTICA, REGULACIÓN, VIGILANCIA Y CONTROL
DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES

El sistema de la organización institucional en la reciente regulación colombiana del sector de las tecnologías de la información y las comunicaciones <i>Luciano Parejo Alfonso</i>	445
MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES	
Las funciones de control y vigilancia antes de la Ley 1341 de 2009 y después de ella. Autoridades y funciones <i>Ángela María Estrada Ortiz</i>	477
COMISIÓN DE REGULACIÓN DE COMUNICACIONES	
La Ley de TIC y la regulación de las telecomunicaciones: la Comisión de Regulación de Comunicaciones <i>Lorenzo Villegas Carrasquilla</i>	503
La Comisión de Regulación de Comunicaciones: su naturaleza y significado en la organización institucional colombiana a partir de la Ley 1341 de 2009 <i>José Vida Fernández</i>	541
Las funciones de la CRC en la nueva Ley de TIC: un análisis comparado con las funciones de la FCC en Estados Unidos <i>Carolina Botero Cifuentes</i>	571
Afectación del contrato por cambios regulatorios en el sector de las telecomunicaciones <i>Edgar González López</i>	613

CAPÍTULO II

AGENCIA NACIONAL DEL ESPECTRO

La Agencia Nacional del Espectro.

Análisis y comentarios al capítulo II de la Ley 1341 de 2009

William Orlando Pedraza Pineda

657

TÍTULO IV

PROMOCIÓN AL ACCESO Y USO DE LAS TECNOLOGÍAS

DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES

NATURALEZA Y OBJETO DEL FONDO DE TECNOLOGÍAS

DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES

Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones

María Isabel Vanegas Arias

699

Contraprestaciones y contribuciones
de los proveedores de redes y servicios

Julio Roberto Piza Rodríguez

739

Acceso y servicio universal y las obligaciones de servicio público

Luz Mónica Herrera Zapata

765

TÍTULO V

REGLAS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

EN MATERIA DE INTERCONEXIÓN

Reglas aplicables a las actuaciones administrativas de
solución de controversias en materia de interconexión

Carmina Amaris Hernández

835

TÍTULO VI

RÉGIMEN DE PROTECCIÓN AL USUARIO

RÉGIMEN JURÍDICO Y RECURSOS

Régimen de protección al usuario

Martha Cecilia Ramírez Torres

Adriana Marcela Barbosa Trujillo

883

TÍTULO VII

DE LA RADIODIFUSIÓN SONORA

Régimen de radiodifusión sonora

Iliá Marina Obando de Torres

925

TÍTULO VIII

RÉGIMEN DE INFRACCIONES Y SANCIONES

Régimen de infracciones y sanciones y autoridades competentes

Carlos Andrés Rebellón Villán

997

TÍTULO IX

RÉGIMEN DE TRANSICIÓN

Ley de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones:
régimen de transición para operadores diferentes de los servicios de TPBC.
Artículo 68 de la Ley 1341 de 2009

Jaime Andrés Plaza Fernández

1031

Ley de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones:
visión panorámica y régimen de transición

Carlos Alberto Atehortúa Ríos

1081

TÍTULO X

DISPOSICIONES FINALES

DERECHO DE RECTIFICACIÓN

CONFIDENCIALIDAD

La Ley de Tecnologías de la Información
y las Comunicaciones y los derechos fundamentales

Alexei Julio Estrada

1131

Las telecomunicaciones y la protección de datos: las guías,
otros directorios telefónicos y la prestación del servicio
de información de teléfonos a los usuarios

María Nieves de la Serna Bilbao

1171

Incidencia de la ley de hábeas data en las telecomunicaciones <i>Luis Fernando Lizcano Zea</i>	1225
VIGENCIA Y DEROGATORIAS	
Normas vigentes en el sector a partir de la expedición de la Ley 1341 de 2009 y sus derogatorias <i>Camilo Valencia Suescún</i>	1263
LA TELEVISIÓN Y LA LEY DE TIC	
El régimen de la televisión a partir de la Ley de TIC <i>María del Pilar Bahamón Falla</i>	1297
La convergencia de lo audiovisual y la Ley de TIC <i>Juan Carlos Gómez Jaramillo</i>	1323
DERECHO DE LA COMPETENCIA Y LA LEY DE TIC	
Aplicación de la ley de competencia a las tecnologías de la información y las comunicaciones <i>Gustavo Valbuena Quiñones</i>	1357
Régimen de competencia en materia de tecnologías de la información y las comunicaciones <i>Mauricio Velandia Castro</i>	1373
Los retos del derecho de la competencia frente al nuevo sector de TIC <i>Emilio José Archila Peñalosa</i> <i>Dionisio de la Cruz Camargo</i>	1387
La Unión Europea y la regulación de los contenidos audiovisuales en el escenario de la convergencia. El caso español <i>Ángel García Castillejo</i>	1409
LOS AUTORES	1443

ALFREDO FAJARDO MURIEL

El espectro radioelctrico en la Ley 1341 de 2009

I. Los antecedentes de la reforma. II. El desarrollo constitucional. III. Las nuevas innovaciones del nuevo régimen. A. Principios. B. El espectro como un recurso escaso. C. Función transversal del espectro radioeléctrico. D. Objetivos legales del espectro. 1. El espectro: un bien indispensable para las TIC. 2. El espectro radioeléctrico en la defensa y seguridad nacional. 3. El espectro: un bien para la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones. E. Efectos económicos. 1. Regla general. 2. Excepciones. 3. Causa de la contraprestación económica 4. Finalidad de la contraprestación. 5. Competencias estatales en materia económica. 6. Nueva organización institucional. IV. Procedimientos para el acceso al espectro. A. Permisos por selección objetiva. B. Permisos por asignación directa. V. Autonomía e independencia de los permisos para el uso del espectro. VI. Término de renovaciones de los permisos. A. El plazo de la renovación. B. Requisitos formales para la procedencia de la renovación. C. Condiciones relativas a la renovación. VII. Conclusiones

Artículo 11. *Acceso al uso del espectro radioeléctrico.* El uso del espectro radioeléctrico requiere permiso previo, expreso y otorgado por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

El permiso de uso del espectro respetará la neutralidad en la tecnología siempre y cuando esté coordinado con las políticas del Ministerio de Comunicaciones, no generen interferencias sobre otros servicios, sean compatibles con las tendencias internacionales del mercado, no afecten la seguridad nacional, y contribuyan al desarrollo sostenible. El Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones adelantará mecanismos de selección objetiva, previa convocatoria pública, para el otorgamiento del permiso para el uso del espectro radioeléctrico y exigirá las garantías correspondientes. En aquellos casos, en los que el nivel de ocupación de la banda y la suficiencia del recurso lo permitan, así como cuando prime la continuidad del servicio o la ampliación de la cobertura, el Ministerio podrá otorgar los permisos de uso del espectro de manera directa.

En la asignación de las frecuencias necesarias para la defensa y seguridad nacional, el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones tendrá en cuenta las necesidades de los organismos de seguridad del Estado. El trámite, resultado e información relativa a la asignación de este tipo de frecuencias tiene carácter reservado. El Gobierno Nacional podrá establecer bandas de frecuencias de uso libre de acuerdo con las recomendaciones de la UIT, y bandas exentas del pago de contraprestaciones entre otras para Programas Sociales del Estado.

Parágrafo 1.º. Para efectos de la aplicación de presente artículo, se debe entender que la neutralidad tecnológica implica la libertad que tienen los proveedores de redes y servicios de usar las tecnologías para la prestación de todos los servicios sin restricción distinta a las posibles interferencias perjudiciales y el uso eficiente de los recursos escasos.

Parágrafo 2.º. Los permisos para el uso del espectro radioeléctrico podrán ser cedidos, previa autorización del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones en los términos que este determine sin desmejora de los requisitos, calidad y garantías del uso, acceso y beneficio común del espectro.

Artículo 12. *Plazo y renovación de los permisos para el uso del espectro radioeléctrico.* El permiso para el uso del espectro radioeléctrico tendrá un plazo definido inicial hasta de diez (10) años, el cual podrá renovarse a solicitud de parte por períodos iguales al plazo inicial. Por razones de interés público, o cuando resulte indispensable el reordenamiento nacional del espectro radioeléctrico, o para dar cumplimiento a las atribuciones y disposiciones internacionales de frecuencias, el plazo de renovación podrá ser inferior al plazo inicial.

El Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, establecerá las condiciones de la renovación, que tenga en cuenta el uso eficiente que se ha hecho del recurso, el cumplimiento de los planes de expansión, la cobertura de redes y servicios y la disponibilidad del recurso, teniendo en cuenta los principios del artículo 75 de la Constitución Política.

La renovación de los permisos de uso del espectro radioeléctrico incluirá condiciones razonables y no discriminatorias que sean compatibles con el desarrollo tecnológico futuro del país, la continuidad del servicio y los incentivos adecuados para la inversión.

La renovación no podrá ser gratuita, ni automática. El interesado deberá manifestar en forma expresa su intención de renovar el permiso con tres (3) meses de antelación a su vencimiento, en caso contrario, se entenderá como no renovado.

Artículo 13. *Contraprestación económica por la utilización del espectro radioeléctrico.* La utilización del espectro radioeléctrico por los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones dará lugar a una contraprestación económica a favor del Fondo de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. El importe de esta contraprestación será fijado mediante resolución por el Ministro de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, con fundamento, entre otros, en los siguientes aspectos: ancho de banda asignado, número de usuarios potenciales, disponibilidad del servicio, planes de expansión y cobertura, demanda por el espectro y su disponibilidad y cualquier otro parámetro técnico que sirva como indicador del precio que debe recibir el Estado por la utilización del espectro radioeléctrico.

La contraprestación económica de que trata este artículo deberá pagarse por el respectivo proveedor de redes o servicio de telecomunicaciones con ocasión del otorgamiento o renovación del permiso para la utilización del espectro radioeléctrico.

Artículo 14. *Inhabilidades para acceder a los permisos para el uso del espectro radioeléctrico.* No podrán obtener permisos para el uso del espectro radioeléctrico:

1. Aquellos a quienes se les haya declarado la caducidad del contrato de concesión para prestar cualquier servicio de telecomunicaciones.
2. Aquellos a quienes por cualquier causal se les haya cancelado la licencia para prestar servicios o actividades de telecomunicaciones, así como el permiso para hacer uso del espectro radioeléctrico.
3. Aquellas personas naturales que hayan sido representantes legales, miembros de juntas o consejos directivos y socios de personas jurídicas a quienes se les haya declarado la caducidad del contrato de concesión para prestar cualquier servicio de telecomunicaciones y/o cancelado la licencia para prestar servicios o actividades de telecomunicaciones, así como el permiso para hacer uso del espectro radioeléctrico.
4. Aquellas personas que hayan sido condenadas a penas privativas de la libertad, salvo cuando se trate de delitos políticos o culposos.
5. Aquellas personas naturales o jurídicas, sus representantes legales, miembros de juntas o Consejos Directivos y socios, que no se encuentren al día con el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones o el Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, por concepto de sus obligaciones.

Parágrafo. Las inhabilidades a que hacen referencia los numerales 1, 2 y 3 del presente artículo, se extenderán por el término de cinco (5) años, contados a partir de la ejecutoria del acto administrativo que declaró la caducidad del contrato, la cancelación de la licencia, o del permiso. En todo caso con razones y cargos previamente justificados y sin violación del debido proceso y el derecho de defensa.

COMENTARIO

I. LOS ANTECEDENTES DE LA REFORMA

El vertiginoso desarrollo de las comunicaciones electrónicas ocurrido durante el siglo XX, unido a la cada vez más sentida necesidad de los individuos de contar con facilidades que les permitan estar permanentemente en contacto con otras personas y a la consolidación y masificación de aplicaciones móviles, que pueden ser utilizadas sin consideración de un territorio específico o accederse a

ellas en cualquier lugar, ha implicado una verdadera reestructuración y transformación de todas las actividades sociales, donde el espectro juega un papel preponderante.

Múltiples y variadas actividades de naturaleza notoriamente disímil precisan del uso de frecuencias radioeléctricas para que puedan llevarse a cabo. Desde aquellas aplicaciones que parecerían intrascendentes y vistas ordinariamente como suntuarias, tales como los dispositivos para el manejo o control a distancia de equipos de la más diversa índole como puertas, alarmas, receptores de radio, televisión, equipos de sonido, sistemas de cómputo, que hasta hace pocos años antes eran operados manualmente en forma directa y ahora son habitualmente manejados de modo remoto por medios electrónicos, hasta llegar a herramientas mucho más complejas y en apariencia con mayor relevancia para la convivencia social, como los sistemas dispuestos para la radionavegación aérea o marítima, para el control del clima, para el seguimiento de los fenómenos geofísicos, así como para la exploración del cosmos, tienen un común denominador: el uso imprescindible e irremplazable del espectro.

Lo anterior sin mencionar el amplio y variado conjunto de sectores económicos que requieren de sistemas y facilidades de comunicación electrónica, en las que –como se advirtió– el espectro es insustituible y tiene un papel de vital importancia para la existencia de la seguridad pública y de la vida humana, para la economía, el transporte, la salud, la educación, la agricultura, provisión de servicios públicos esenciales, sólo para mencionar algunos.

Es innegable la incidencia del espectro en la vida cotidiana de las naciones modernas, como también resulta irrefutable el hecho de que el uso del espectro abarca un campo mucho más extenso que la simple provisión de servicios de comunicaciones, como tradicionalmente se había concebido.

De manera premonitoria la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 comprendió esta nueva realidad y por primera vez en la historia del país se ocupó de incluir normas particulares de rango constitucional sobre el espectro electromagnético, a tal punto que la Constitución Política de Colombia fue una de las primeras constituciones en ocuparse de dar tratamiento y jerarquía constitucional a esta materia¹.

A pesar de esta circunstancia, hasta el año 2009 las escasas normas legales de derecho interno sobre el espectro estaban recogidas en preceptos expedidos

1 Posteriormente otros países como Venezuela y Ecuador han involucrado en sus constituciones políticas preceptos relativos al espectro.

antes de la Constitución Política de 1991^[2], de manera que no existía un pleno y cabal desarrollo de los nuevos preceptos constitucionales.

De ahí que la Ley 1341 de 2009 sea la primera norma de stirpe legal que desarrolla el marco constitucional sobre el espectro y fija en el ámbito jurídico interno la estructura de un régimen uniforme e integral sobre dicho bien.

II. EL DESARROLLO CONSTITUCIONAL

El solo hecho de que casi dos décadas después de haberse expedido la Carta Política el legislador haya aprobado el marco legal interno que habrá de gobernar el acceso y uso del espectro demuestra por sí mismo la importancia y el gran valor que tiene para el país en general la adopción de las normas previstas en la Ley 1341 de 2009.

El desarrollo de los lineamientos constitucionales que consagra la nueva ley se estructura a partir dos pilares esenciales: en primer lugar, el constituyente primario ya le había conferido al espectro la condición de bien público inajenable e imprescriptible, sujeto a la gestión y el control del Estado³, y, por otra parte, también la Carta Política declaró al espectro como parte integrante del territorio, de titularidad de la Nación⁴.

Estos principios contienen una profunda manifestación de ideología política que inspira y condiciona los ulteriores desarrollos legales, al mismo tiempo que cambiaron de manera radical la concepción que tradicionalmente se había tenido sobre el espectro antes de 1991. En tanto y en cuanto las nuevas normas constitucionales concibieron el espectro como un bien público, es decir, destinado al uso o aprovechamiento por todos los habitantes del territorio y de titularidad de la Nación, esto es, del pueblo como elemento humano del Estado, cambiaron la concepción legal anterior en cuya virtud el espectro era tratado como un bien de propiedad del Estado⁵.

Según las normas constitucionales, el espectro pertenece a la sociedad; por la misma razón, el pueblo, quien es su titular, tiene derecho a hacer uso del bien,

2 El cuerpo normativo sobre el espectro se encontraba disperso en varias disposiciones de carácter legal, principalmente la Ley 72 de 1989, el Decreto Ley 1900 de 1990, la Ley 37 de 1993, la Ley 80 de 1994, la Ley 142 de 1994, la Ley 182 de 1995, la Ley 335 de 1996 y la Ley 555 de 2000.

3 Artículo 75 CP.

4 Artículos 101 y 102 CP.

5 Decreto Ley 1900 de 1990, artículo 19: “El espectro electromagnético es de propiedad exclusiva del Estado y como tal constituye un bien de dominio público, inajenable e imprescriptible, cuya gestión administración y control corresponden al Ministerio de Comunicaciones de conformidad con las leyes vigentes y el presente decreto”.

de manera que las funciones del Estado están dirigidas a gestionar (administrar) y controlar el bien, con el cometido de permitir que todas las personas puedan acceder al uso del bien que les pertenece. Este nuevo alcance sobre el régimen del espectro es el que inspira y desarrolla en la Ley 1341 de 2009. Ello explica el porqué el espectro se califica como un recurso para el sector de las tecnologías de la información y las comunicaciones en su conjunto⁶; está relacionado por igual con la investigación, el fomento, la promoción y el desarrollo de la información y las comunicaciones⁷; debe contribuir al desarrollo educativo, cultural, económico, social y político, al tiempo que incrementar la productividad, la competitividad, el respeto de los derechos humanos y la inclusión social⁸.

La naturaleza y finalidad constitucional y legal del espectro enmarca o delimita la potestad de intervención del Estado, que ha de estar dirigida a la planeación, gestión, administración adecuada y eficiente de este recurso⁹; a que la política del Estado involucre a todos los sectores y niveles de la administración pública y de la sociedad¹⁰; a garantizar el óptimo aprovechamiento del espectro, el uso adecuado de éste así como su reorganización¹¹, y a permitir el acceso al uso del espectro siempre que no se atente contra la seguridad nacional y el desarrollo sostenible¹².

La concepción constitucional sobre el espectro se hace manifiesta en la nueva norma legal cuando para asegurar el acceso democrático al espectro ordena que por regla general se adelanten procesos de selección objetiva para el otorgamiento de los permisos al tiempo que insta a que se establezcan frecuencias de uso libre y bandas exentas del pago de contraprestaciones¹³, disposiciones que se justifican y hacen relevante la naturaleza de bien público que tiene el espectro.

III. LAS NUEVAS INNOVACIONES DEL NUEVO RÉGIMEN

La Ley 1341 de 2009 delimita en forma precisa y definitiva el tipo de espectro que resulta relevante para el sector de las tecnologías de la información y las comunicaciones, con lo cual circunscribe la materia sobre la cual se ejercen las funciones y competencias de las autoridades sectoriales y clausura definitivamente

6 Cfr. artículos 1.º y 6.º.

7 Cfr. artículo 2.º.

8 Cfr. ídem.

9 Cfr. artículo 1.º.

10 Cfr. artículo 2.º.

11 Cfr. artículo 5 2.º numeral 3 y 4.º numeral 7.

12 Cfr. artículo 11.

13 Cfr. ídem.

las diferencias de interpretación que podrían generarse sobre el alcance del artículo 75 de la Carta Política.

En efecto, cabe recordar que el precepto constitucional hace referencia al espectro electromagnético, que corresponde al género o totalidad del conjunto de frecuencias presentes en la naturaleza, lo que permitió, bajo una interpretación literal de la norma, concluir que el Estado en general y el Ministerio de Comunicaciones en particular tenían a su cargo la gestión y el control de la totalidad del espectro, conclusión de imposible aplicación, al tiempo que carecía de utilidad real y práctica.

La Ley 1341 circunscribe tajante y definitivamente la normativa, la intervención y el ejercicio de las competencias sectoriales al espectro radioeléctrico, es decir, a la parte del espectro electromagnético destinada y utilizada mundialmente para radiocomunicaciones o lo que es igual, al conjunto de frecuencias que se desplazan por el espacio sin guía artificial comprendidas entre los 3 KHz y los 3.000 GHz.

Es ese universo definido y preciso de frecuencias el que es objeto de la normativa legal, de la regulación jurídica y de las previsiones de la Ley 1341 de 2009, sobre el que cumple el Estado con la gestión y el control a su cargo. Por consiguiente, el legislador acertadamente excluye las demás frecuencias electromagnéticas del ámbito la ley de tecnologías de la información y las comunicaciones, en tanto y en cuanto el espectro restante no es materia ni preocupación para el sector de TIC.

Ello no impide que por mandato de la ley y con sustento en la Constitución otros sectores distintos del de tecnologías de la información y las comunicaciones puedan ocuparse de otras frecuencias electromagnéticas, bajo el presupuesto de que fueron excluidas y no son competencia ni responsabilidad de las autoridades del sector de tecnologías de la información y las comunicaciones, cuya función por mandato legal está circunscrita a las bandas de frecuencias que hacen parte del espectro radioeléctrico, antes mencionado.

Esta innovación de la Ley 1341, además de organizar adecuadamente el papel del Estado frente al espectro, permite una distribución de competencias más eficiente y brinda mayor seguridad, así como estabilidad al régimen jurídico, legal y reglamentario, del espectro radioeléctrico, en cuanto que fija en forma precisa el ámbito de aplicación de tal régimen. A ello se suma el cambio en la organización institucional que estableció el legislador en la nueva norma, que será materia de análisis particular más adelante.

A. PRINCIPIOS

La nueva ley estructura un marco jurídico sobre el espectro radioeléctrico en el que reconoce la naturaleza y jerarquía distinta de las diversas reglas que lo gobiernan. En primer lugar, el legislador reconoce el imperio y sometimiento del espectro a las normas internacionales derivadas de los tratados internacionales de los que hace parte Colombia¹⁴, entre las cuales están la Constitución, el Convenio y el Reglamento de Radiocomunicaciones de la UIT.

Como es natural, también el precepto legal preceptúa que el marco del espectro radioeléctrico está sujeto y condicionado a las normas internas de grado constitucional, a sus principios, objetivos y lineamientos, los que delimitan el régimen jurídico interno, integrado principalmente por los postulados que sobre la materia dispone la Ley 1341 de 2009^[15].

A partir de la estructura normativa antes mencionada, el legislador traza en la nueva Ley de Tecnologías de Información y las Comunicaciones un conjunto de principios básicos que orientan la normativa legal y que habrán de enmarcar los desarrollos reglamentarios de aquélla y sirven como criterio de interpretación y aplicación de la norma, por mandato expreso del Congreso¹⁶. Entre dichos principios pueden resaltarse los siguientes:

– El principio de prioridad al acceso y uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones, que naturalmente involucra el carácter prioritario que puede tener el acceso y uso del espectro radioeléctrico que se requiera para tal fin.

– La libre competencia, como presupuesto de desarrollo del sector y en cuya virtud se proscribe el establecimiento de condiciones o privilegios entre los competidores, lo que impide que puedan darse este tipo de prácticas también respecto del régimen de acceso y uso del espectro.

– El uso eficiente de los recursos, que obliga expresamente al óptimo aprovechamiento del espectro, es decir, al uso real, eficiente y efectivo del recurso.

14 Así se puede constatar en el artículo 6.º cuando obliga al Ministerio y a la CRC adoptar las definiciones acordadas con los postulados de la UIT; el artículo 11, que remite las decisiones que adopte el Gobierno sobre las bandas del espectro a las recomendaciones de la UIT; el numeral 7 del artículo 17, que obliga al Ministerio a establecer y mantener actualizado el Cuadro Nacional de Atribución de Frecuencias con base en las atribuciones que se acuerden en las conferencias mundiales de Radiocomunicaciones de la UIT; el numeral 8 del mismo artículo que impone al Ministerio ejecutar los tratados ratificados por el país en temas relacionados con el espectro; el artículo 25, numeral 9, que consagra como función de la Agencia Nacional del Espectro apoyar al Ministerio en las conferencias y los grupos de estudio de la UIT y el artículo 28 que atribuye al director de esa agencia la obligación de notificar a los organismos internacionales las interferencias detectadas por señales provenientes de otros países.

15 Cfr. artículos 11, 13, 14 y 68.

16 Cfr. artículo 7.º.

– La promoción, protección e incentivo a la inversión asociada al espectro, especialmente referida a la facultad de tener igualdad de oportunidades en el acceso al uso del espectro, en la renovación de los permisos y en materia de las contribuciones que por ello se deriven.

– El derecho de todos los individuos a la comunicación, la información y la educación, lo que de contera implica la posibilidad de hacer uso de los recursos y herramientas para hacer efectivos esos derechos, entre los cuales está comprendido el espectro.

– Gobierno en línea, que naturalmente ha de comprender el ejercicio de las funciones estatales relativas al espectro a través de este tipo de aplicaciones, facilidades y programas.

Estos postulados¹⁷ comportan cambios en la política de administración y gestión del espectro que había existido hasta ahora en Colombia. En primer lugar, se propende a un mayor acceso, uso y aprovechamiento del espectro, medida que constituye un replanteamiento sobre las barreras de entrada que usualmente se imponían para el acceso al recurso.

En segundo lugar, se elimina la posibilidad de que existan tratos asimétricos en el régimen económico de bandas y frecuencias de igual naturaleza, al tiempo que se fijan criterios uniformes para los procedimientos que habrán de seguirse para acceder al uso del espectro.

En tercer lugar, se deriva para los titulares de permisos para el uso de bandas y frecuencias la obligación de hacer un uso intensivo del recurso; posibilita el desarrollo del mercado secundario sobre el espectro y les reconoce el derecho a que sus inversiones sean promovidas, protegidas e incentivadas.

Finalmente, desde el punto de vista administrativo, propugna una gestión estatal más eficiente, económica y ágil sobre el recurso al imponer como principio de administración el gobierno en línea sobre el espectro¹⁸.

B. EL ESPECTRO COMO UN RECURSO ESCASO

La Ley 1341 de 2009 ordena promover el óptimo aprovechamiento de los recursos escasos, con el fin de generar competencia, calidad y eficiencia en beneficio de los usuarios¹⁹. El concepto de recurso escaso en la legislación colombiana adquiere una nueva dimensión a partir de la reforma, comoquiera que involucra

¹⁷ Cfr. artículo 2.º, numerales 1 a 8.

¹⁸ Cfr. artículo 5.º, parágrafo.

¹⁹ Cfr. principio de uso eficiente de la infraestructura y los recursos escasos, numeral 3, artículo 2.º de la Ley 1341.

un conjunto de bienes, elementos y facilidades que por su naturaleza cumplen un papel esencial para la existencia y el normal desarrollo sectorial.

Si bien la ley no define expresamente qué es un recurso escaso ni cuál es el alcance del concepto, el legislador sí atribuye esa calificación a unos ciertos y determinados bienes y facilidades, sobre los que resulta indudable la calidad que les ha sido otorgada, al tiempo que confiere ciertos y determinados efectos jurídicos sobre aquéllos. Ello es referencia obligada para identificar y precisar el alcance de lo que ha de entenderse por recurso escaso.

A falta de definición legal expresa sobre el alcance del concepto “recurso escaso”, en observancia de las reglas establecidas para la interpretación de las normas jurídicas, las palabras de la ley deben ser interpretadas y entendidas en su sentido natural y obvio²⁰. Así las cosas, puede afirmarse que recurso escaso son los medios de cualquier clase, el conjunto de bienes o elementos indispensables para realizar una actividad, suplir una necesidad o lograr un objetivo, que por su naturaleza o por su situación tienen un carácter limitado.

El concepto de recurso, si bien generalmente se identifica con la noción jurídica de bienes²¹, como sucede con los recursos naturales renovables o no renovables, no necesariamente está vinculado siempre con la noción jurídica de bien, toda vez que puede comprender también el cumplimiento o realización de actividades, así como la provisión de facilidades, que –sin ser cosas– resultan indispensables para lograr un fin. Así por ejemplo, la respiración es un recurso necesario para la existencia del ser, independientemente de que se disponga de aire. Si la función de respirar no se da, la vida no se mantiene.

Del mismo modo acontece con los recursos en materia de tecnologías de la información y las comunicaciones: hay unos que indudablemente tienen la calidad jurídica de bienes ya sea por su naturaleza misma o por ficción legal, como sucede con el espectro radioeléctrico; en cambio, hay otros que sin ser cosas materiales o inmateriales cumplen una función esencial para aquéllas, como acontece con las facilidades de identificación o la propia energía eléctrica, que tienen la particularidad de ser igualmente fundamentales para las tecnologías de la información y las comunicaciones.

Pero no todo medio o elemento que sea esencial para las TIC tiene el calificativo de recurso escaso: para que se predique dicha calidad el bien o la facilidad deben cumplir con la condición de ser limitados, ya sea que esa limitación se derive de la propia naturaleza del recurso o porque no siendo naturalmente limitado la situación en que dicho recurso se encuentra lo hace limitado o escaso.

20 Código Civil, artículo 26.

21 Esto es de “cosas corporales o incorpóreas”, según lo señala el artículo 653 del Código Civil.

La limitación o escasez es una consecuencia fáctica y real, consistente en que el bien o la facilidad disponible no resultan suficientes para satisfacer la demanda o todos los requerimientos que existan sobre aquéllos, en cuyo caso se configura el concepto de recurso escaso. En ese orden de ideas, la escasez o limitación de un recurso no puede ser un atributo teórico, que carezca de soporte verdadero o que corresponda a una simple interpretación particular que no tenga el respectivo respaldo fáctico.

El legislador identifica y atribuye de manera incontrovertible la condición de recursos escasos al espectro radioeléctrico²², a los recursos de identificación utilizados actualmente o en el futuro para la provisión de redes y servicios de telecomunicación²³ y, como parte de estos últimos, al nombre de dominio de Internet bajo el código del país correspondiente a Colombia (.co)²⁴.

La identificación legal de los recursos escasos no es taxativa y, por el contrario, el legislador admite que puedan calificarse como tales otros bienes, elementos o facilidades sobre los que pueda predicarse dicha calidad. Ello implica que además de los bienes y facilidades legalmente calificados como recursos escasos pueden existir otros, siempre que se configuren los elementos que ya se examinaron, es decir, que se trate de bienes o facilidades y que además sean fácticamente limitados, ya sea por su naturaleza o por la situación en que se encuentran.

Ahora bien: aquellos bienes o facilidades que fueron designados previa y expresamente como recursos escasos por el legislador no pierden la condición y calidad que les ha sido atribuida, salvo que medie disposición legal expresa que así lo determine. En consecuencia, el espectro radioeléctrico es jurídica e indudablemente un bien calificado como recurso escaso y sólo puede perder esa condición por mandato del legislador.

De tiempo atrás el Reglamento de Radiocomunicaciones de la UIT había reconocido la condición de recurso limitado que tiene el espectro radioeléctrico²⁵, que adquiere ese carácter no porque sea un bien por naturaleza limitado, sino por la situación particular en la que se encuentra el desarrollo de la tecnología. Lo mismo sucede con otras facilidades como la numeración, que recibe la ca-

22 Cfr. artículo 2.º numeral 3 y título II de la Ley 1341.

23 Cfr. artículo 22, numeral 12.

24 Cfr. artículo 18, numeral 20.

25 Reglamento de Radiocomunicaciones, Preámbulo, So.3: “En la utilización de bandas de frecuencias para las radiocomunicaciones, los Miembros tendrán en cuenta que las frecuencias y la órbita de los satélites geostacionarios son recursos naturales limitados, que deben utilizarse de forma racional, eficaz y económica, de conformidad con lo establecido en el presente Reglamento, para permitir el acceso equitativo a esta órbita y a esas frecuencias a los diferentes países o grupos de países, teniendo en cuenta las necesidades especiales de los países en desarrollo y la situación geográfica de determinados países”.

lificación legal de recurso escaso, tampoco porque sea una condición derivada de su naturaleza sino de la situación y el estado de su planeación en el país.

Otro bien que puede tener la condición de escaso pero no está expresamente así concebido en la ley es la órbita de los satélites geoestacionarios, con la diferencia de que la escasez sobre la órbita se deriva de la naturaleza del bien y no de la situación en que se encuentra.

La calificación del espectro como recurso escaso tiene repercusiones o efectos jurídicos inmediatos e importantes desde la perspectiva legal. En primer lugar, se impone el aprovechamiento racional, eficaz y económico del recurso, sobre la base de que la limitación existente debe ser suplida con el uso pleno e intensivo del recurso de manera que no se desperdicie, acapare o mantenga en desuso²⁶.

En segundo lugar, la limitación sobre el recurso exige disponer de instrumentos que aseguren la igualdad de oportunidades en el acceso a ellos a todos los interesados²⁷; no de otra forma se justifica, en tercer lugar, la consiguiente intervención del Estado, entre otros propósitos para garantizar el uso adecuado del espectro, tal como lo reconoce el artículo 4.º numeral 7 de la Ley 1341 de 2009; la planeación, administración, gestión, vigilancia y control del bien señalada en los artículos 17 numeral 4, 18 numerales 6, 7, 9, 10 y 19, 25 y 28, todos de la nueva Ley de TIC.

En consecuencia, la calificación del espectro radioeléctrico como un bien escaso deriva para la regulación y administración del recurso consecuencias especiales, al tiempo que constituye el fundamento para el ejercicio de las políticas y funciones estatales sobre dicho bien.

C. FUNCIÓN TRANSVERSAL DEL ESPECTRO RADIOELÉCTRICO

Con la Ley 1341 se hace evidente el papel catalizador que tiene el sector de las TIC como soporte para el desarrollo de las distintas actividades sociales, concepción que recoge, por una parte, el reconocimiento que de tiempo atrás la UIT planteaba sobre las telecomunicaciones como vector o elemento fundamental para el desarrollo de los pueblos y, por la otra, la multifuncionalidad que cumplen y la importancia que adquiere la organización institucional, los elementos que integran el sector, así como los agentes de éste respecto de los demás sectores económicos e institucionales del Estado.

26 Cfr. principio de uso eficiente de los recursos escasos, artículo 2.º numeral 3 de la Ley 1341.

27 Cfr. artículo 4.º numeral 6 de la Ley 1341.

La reforma del sector plantea una nueva concepción para la organización institucional que lleva implícito un cambio estructural de la administración pública, al menos en lo que hace a la rama ejecutiva del poder público. El sector de TIC entra a desempeñar una función de soporte horizontal para todas las demás autoridades y sectores, que antes cumplía de manera tangencial pero que ahora forma parte fundamental de su razón de ser. Las TIC dejan de ser concebidas como un sector especializado de carácter independiente para convertirse en una plataforma mucho más amplia e interdisciplinaria que, si bien continúa teniendo la especialización propia del sector, adquiere una función de colaboración e interrelación más estrecha con los demás sectores, en la búsqueda de un objetivo general y común: el desarrollo del país y el bienestar de toda la población.

En esta nueva concepción de la administración, el sector de TIC adquiere una nueva dimensión más amplia y compleja que la que tenía antes, tanto al ejercer la función de coordinación intersectorial para fomentar el acceso, uso y aprovechamiento de las TIC por las entidades estatales de todo orden²⁸, como al encargarse de definir, adoptar y promover políticas para promover el uso de las TIC en los sectores productivos de todo orden²⁹.

A lo anterior se suman las funciones que adquiere ahora el sector en la defensa y el ejercicio de la democracia³⁰, la protección de los derechos constitucionales, en la atención de estados de emergencia³¹, todo lo cual denota el papel multisectorial e interdisciplinario que juegan las TIC en la sociedad moderna.

Esta nueva concepción del sector no podía ser ajena al espectro radioeléctrico, recurso que por la importancia que tiene en la existencia de las TIC igualmente adquiere una mayor dimensión. Por ello la nueva Ley de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones reconoce y le imprime una función transversal al espectro radioeléctrico en los diversos sectores y actividades nacionales.

La realidad demostraba de tiempo atrás que el espectro radioeléctrico tenía implicaciones que sobrepasaban de lejos el ámbito del sector de las comunicaciones y cada día más cumplía un rol preponderante para sectores como la defensa, la salud, el trabajo, la educación, el comercio, para mencionar sólo unos pocos. No obstante esta realidad, la política en materia de espectro radioeléctrico se había enfocado principalmente hacia la satisfacción de las necesidades de comunicación y en particular en las redes y los servicios de telecomunicaciones.

28 Cfr. artículo 5.º.

29 Cfr. artículo 18 numeral 2 literal b.

30 Cfr. artículo 5.º.

31 Cfr. artículo 8.º.

El cambio introducido en el año 2009 obliga a examinar el espectro radioeléctrico bajo una perspectiva distinta, con una dimensión mucho más amplia y con una finalidad que sobrepasa de lejos el estrecho criterio de las redes y los servicios de telecomunicaciones. El espectro radioeléctrico adquiere funciones y finalidades que desbordan la simple telecomunicación y se convierte en un recurso disponible para la satisfacción de necesidades mucho más amplias que las del sector de TIC, cuya normativa posibilita, con sujeción al marco constitucional, un acceso más amplio y democrático, al tiempo que su aprovechamiento está encaminado a gestar mayor bienestar y desarrollo para el país en su conjunto.

Las aplicaciones que el legislador reconoce para el espectro radioeléctrico son múltiples, como distintas son también las herramientas que prescribe para que la administración del recurso pueda ejercerse a cabalidad, en forma eficiente y según el papel que está llamado a cumplir dicho espectro en cada caso.

D. OBJETIVOS LEGALES DEL ESPECTRO

I. EL ESPECTRO: UN BIEN INDISPENSABLE PARA LAS TIC

En la Ley 1341 de 2009 pueden rastrearse los distintos objetivos que cumple el espectro radioeléctrico en la nueva concepción del sector. Ante todo como recurso o elemento indispensable para el acceso a la sociedad de la información, el espectro es concebido como parte de la infraestructura del país, el cual debe permitir la generación de competencia, calidad y eficiencia en beneficio de los usuarios.

El uso del espectro también tiene efectos económicos y sociales, tanto en la promoción y la protección de la inversión que lleve implícita como en la contribución a favor del Estado que impone su aprovechamiento.

El espectro debe servir como herramienta para hacer efectivos los derechos a la comunicación, la información, la educación, la libertad de expresión, el acceso al conocimiento, a la ciencia, a la técnica, así como a los demás valores de la cultura, al tiempo que debe servir para asegurar el despliegue, la expansión y cobertura de la infraestructura y la universalidad de los servicios, no solo de telecomunicaciones sino en general de todos aquellos llamados a satisfacer las necesidades de la población.

La función social del espectro radioeléctrico se hace manifiesta tanto en tiempos de paz como en estados de excepción, de emergencia o calamidad, al tiempo que se hace tangible y eficaz, pues adquiere aplicaciones y efectos tanto reales como efectivos. Así por ejemplo, el uso indebido del espectro da lugar a la imposición de sanciones y a que se configuren inhabilidades e incapacidades

jurídicas para acceder nuevamente al recurso, las renovaciones de los permisos para el uso del recurso se condicionan al eficiente aprovechamiento del bien, se establecen cargas económicas por su aprovechamiento y exenciones de éstas por el uso del recurso.

2. EL ESPECTRO RADIOELÉCTRICO EN LA DEFENSA Y SEGURIDAD NACIONAL

Dentro del papel multipropósito y intersectorial que cumple el espectro radioeléctrico, el legislador del 2009 reguló de manera particular y expresa el carácter especial y el uso prioritario que debe tener el espectro radioeléctrico en la defensa y seguridad de la sociedad.

Sea esta la oportunidad para resaltar que bajo el concepto de la defensa y seguridad nacional la Ley 1341 involucra a todos los organismos del Estado, de manera que no es asimilable el uso del espectro únicamente con propósitos militares o policivos, sino que abarca todas aquellas aplicaciones en las que está comprometida la defensa y seguridad de toda la Nación, entendida ésta como el conjunto de personas que se organiza en el territorio a través de los poderes públicos.

En ese sentido, el espectro radioeléctrico tiene como función primordial en el nuevo régimen la protección, defensa y seguridad de la población en sus diversas manifestaciones y actividades, desborda –aunque desde luego la incluye– la defensa militar y policiva, pero también comprende dentro de esa función el uso del espectro requerido para la administración de justicia, la investigación criminal, el ejercicio de la democracia y el derecho al voto, la atención de desastres, para aplicaciones geodésicas, meteorológicas, geológicas, para la exploración y explotación de la Tierra y el espacio, para la seguridad y salvaguarda de la vida humana, para el transporte aéreo, marítimo, fluvial y terrestre de todo orden, para la salud, la ciencia y la medicina, entre otras.

El régimen legal da brinda especial importancia a estos usos y aplicaciones del espectro radioeléctrico, a tal punto que establece procedimientos especiales para su acceso, que son distintos e independientes de los establecidos para el uso comercial del espectro radioeléctrico, es decir aquel destinado a la prestación de servicios de telecomunicaciones al público; confiere carácter reservado al trámite resultado y a la información relativa a la asignación de ese tipo de frecuencias y posibilita al Gobierno establecer exenciones de carácter económico para este tipo de aplicaciones.

El legislador separa de esta manera el uso del espectro para fines de seguridad y defensa nacional del uso de dicho recurso para su explotación comercial en la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones, con lo cual reconoce no

solo el papel multipropósito que puede tener el aprovechamiento del espectro sino también la necesidad de disponer de un régimen jurídico distinto para uno y otro casos, en la medida en que los propósitos que se persiguen también son disímiles.

Esta es una importante innovación en el régimen colombiano que por primera vez separa e identifica las reglas propias e independientes para el uso del espectro radioeléctrico requerido para la defensa y seguridad de la Nación, de las previstas para fines comerciales, donde el cometido principal es la explotación económica de los servicios de telecomunicación.

Por otra parte, el imprimirles carácter reservado a los procedimientos o trámites, resultados e información relacionada con este tipo de asignaciones especiales es un paso natural y obvio para asegurar el propósito que se persigue, pero que no se encontraba antes previsto en el régimen jurídico colombiano, lo que hacía vulnerable el manejo y asignación del espectro dispuesto para estos propósitos.

Con la reforma introducida se asegura la confidencialidad característica para este tipo de aplicaciones del espectro, pero además se posibilita que los organismos y autoridades estatales competentes de cada actividad puedan solicitar y obtener la pronta, oportuna y ágil asignación de frecuencias mediante procedimientos y regímenes distintos de los señalados para la explotación comercial del recurso, cuyas reglas serán objeto de análisis más adelante (ver *infra*, IV).

3. EL ESPECTRO: UN BIEN PARA LA PROVISIÓN DE REDES Y SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES

Tradicionalmente en el país se había identificado y relacionado el espectro radioeléctrico con la explotación de redes y servicios de telecomunicaciones, a tal punto que las normas existentes hasta 2009 se ocupaban de gobernar principalmente ese tipo de destinación del recurso.

La Ley 1341 de 2009 mantiene como uno de los objetivos del espectro su aprovechamiento eficiente en la provisión de redes y servicios, de manera que sobre este particular no existe cambio sustancial respecto de las posibles aplicaciones que puede darse al bien público. No obstante lo anterior, en esta materia el legislador sí involucra dos principios nuevos y de vital importancia tratándose del espectro radioeléctrico: el uso eficiente del recurso y la neutralidad tecnológica, que se erigen como pilares fundamentales de las asignaciones y —a nuestro modo de ver— en condición resolutoria de los permisos que se confieran.

Bajo la concepción del aprovechamiento real y efectivo del espectro quedan proscritas en el nuevo régimen jurídico aquellas prácticas de acaparamiento o monopolización del espectro, al tiempo que se impone el uso intensivo del es-

pectro disponible, mediante diversos instrumentos entre los cuales están todos aquellos que permitan el mercado secundario del recurso.

Por otra parte, el principio de neutralidad se manifiesta en dos campos o niveles distintos. En primer lugar, desde la perspectiva estatal las autoridades están en la obligación de permitir y garantizar la libre adopción de las tecnologías, siempre que con ello se fomente la eficiente prestación de los servicios, contenidos y aplicaciones que hagan uso de las TIC, se garantice la libre y leal competencia y su adopción sea armónica con el desarrollo ambiental sostenible³².

En segundo término, en materia de espectro radioeléctrico el principio de neutralidad tecnológica tiene una significación propia desde una perspectiva funcional y se relaciona con la libertad que tienen los titulares de las redes y los servicios de utilizar el espectro asignado para ofrecer todos los servicios que sea técnicamente posible soportar con el recurso, sin otra restricción que el evitar las interferencias perjudiciales a otras frecuencias y el asegurar el uso eficiente del recurso³³.

Como se manifestó, la importancia de la reforma recientemente introducida por el Congreso está precisamente en reconocer una dimensión distinta sobre las demás aplicaciones que tiene el espectro, en haber dotado al régimen jurídico de una perspectiva más amplia que la simple vinculación del espectro con la prestación de redes y servicios de telecomunicaciones y en disponer que el uso del espectro no puede ser concebido ni estar circunscrito para la satisfacción primordial de estos últimos propósitos.

En la nueva concepción del espectro radioeléctrico el legislador atribuye a éste una función social más ambiciosa y extensa, hace efectivos los postulados constitucionales que propugnan el acceso amplio y democrático al recurso, que no necesariamente está siempre circunscrito a su aprovechamiento con fines de explotación comercial, al tiempo que permite que la población en general pueda disfrutar directamente de los beneficios que ella obtiene del desarrollo y uso del espectro en sus distintas manifestaciones.

E. EFECTOS ECONÓMICOS

La asignación y el uso del espectro radioeléctrico tradicionalmente han dado lugar al reconocimiento de contraprestaciones económicas a favor del erario, obligación que se justifica en tanto y en cuanto quien es beneficiado con un permiso para el uso del espectro radioeléctrico recibe la facultad de hacer un

³² Cfr. artículo 2.º numeral 6.

³³ Cfr. párrafo 1.º artículo 11 Ley 1341.

aprovechamiento temporal y excluyente del bien dominial o de uso público, circunstancia que impide a los demás habitantes hacer el uso del bien que se asigna al titular del permiso.

El que se generen efectos económicos con motivo de la asignación del espectro no desnaturaliza la naturaleza de uso público que tiene constitucionalmente el recurso, ni por esa sola circunstancia el espectro transmuta en un bien fiscal. La contraprestación económica es el justo reconocimiento por el beneficio que la sociedad en general –por conducto del Estado en su condición de administrador del recurso– otorga a quien recibe el permiso y en cuya virtud las demás personas son privadas de hacer un aprovechamiento directo sobre un bien que le pertenece a la Nación en general.

El régimen económico sobre el espectro radioeléctrico es quizás uno de los aspectos más complejos de analizar y desde luego de legislar, toda vez que existe disparidad de criterios y circunstancias relacionados con el uso del espectro, que exigen un conjunto de reglas disímiles para que pueda existir un sistema económico coherente.

En el régimen derogado todos los permisos para el uso del espectro radioeléctrico daban lugar sin excepción alguna al pago y reconocimiento de derechos económicos a favor del Estado, regla que tiene validez cuando se trata del uso del espectro para fines comerciales, es decir, destinado a la explotación económica de redes o servicios. Pero esta disposición denotaba su gran inconveniencia tratándose de la asignación del espectro para fines sociales o de carácter estatal, al tiempo que generaba dificultades jurídicas de atribuciones para el uso colectivo o libre del espectro, comoquiera que en estos casos no se estaba ante el otorgamiento de una potestad particular y concreta a favor de una persona determinada que justificara el cobro de cargas económicas.

El nuevo régimen jurídico tiene en consideración esta circunstancia y claramente establece un régimen económico sobre el espectro radioeléctrico que considera los distintos usos y aplicaciones del recurso desde la perspectiva económica, y fija diversas reglas para ello.

I. REGLA GENERAL

El artículo 13 de la Ley 1341 de 2009 consigna la regla general del régimen económico sobre el espectro radioeléctrico al prescribir que “La utilización del espectro radioeléctrico por los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones dará lugar a una contraprestación económica”; esto implica que todos aquellos que hagan uso del recurso con fines comerciales o de explotación económica, bien sea por medio de la provisión de redes o de la provisión de

servicios, tienen el deber de reconocer y pagar las cargas económicas por el uso del espectro que se les otorga.

En virtud de los principios de libre competencia, promoción de la inversión y neutralidad tecnológica, el régimen económico del espectro debe asegurar condiciones de igualdad entre los competidores, de manera que las cargas económicas no se erijan como barreras de entrada al mercado ni como medios para crear ventajas o tratamientos discriminatorios a favor de determinados usuarios del espectro.

Los criterios para determinar las contraprestaciones económicas por el espectro radioeléctrico son también de distinta índole; el propio artículo 13 menciona algunos de los factores que pueden considerarse para la determinación de dichas contraprestaciones³⁴, pero naturalmente la designación de tales criterios en la ley no es una relación taxativa, de manera que pueden considerarse otros distintos, siempre que ellos cumplan los principios señalados por el legislador.

2. EXCEPCIONES

Reconociendo los diversos usos que puede tener el espectro radioeléctrico, el legislador establece excepciones a la regla general del pago de contraprestaciones por el uso del recurso y admite expresamente que el gobierno nacional podrá establecer bandas de frecuencia de uso libre, al igual que bandas exentas del pago de contraprestaciones, entre otras aquellas que se requieran para el adelantamiento de programas sociales del Estado³⁵.

Es evidente, a la luz del nuevo régimen, que las bandas de frecuencia de uso libre no están sujetas al pago de contraprestaciones, así se utilicen para la provisión o para el aprovechamiento de redes o servicios de telecomunicaciones, por una razón elemental: si cualquier persona puede acceder a dichas frecuencias no existe un titular directo de un derecho excluyente que implique la exclusión de las demás personas sobre el espectro. Se trata de la primera y más pura manifestación del aprovechamiento de un bien de uso público, que hace innecesario imponer un deber económico a todos aquellos que utilicen el bien, al igual que sucede con el acceso y uso de otros bienes de uso público tales como aceras, calles, riberas, puentes, plazas, playas, cuyo uso por el público

34 Ancho de banda asignado, número de usuarios potenciales, disponibilidad del servicio, planes de expansión y cobertura, demanda por el espectro y su disponibilidad, así como cualquier otro parámetro técnico que sirva como indicador del precio que debe recibir el Estado por la utilización del espectro radioeléctrico.

35 Cfr. artículo 10.º inciso 3.

no requiere autorización particular ninguna y mucho menos reconocimientos económicos a favor del Estado.

Tampoco está sometido al régimen económico general del espectro el uso de frecuencias para propósitos de defensa y seguridad nacional, por cuanto no tendría ninguna lógica que el Estado hiciera más oneroso el cumplimiento de sus propias funciones, al tiempo que desde la perspectiva económica se trataría únicamente de la transferencia de dinero entre cuentas distintas pertenecientes al tesoro público, lo que no tendría ningún sentido y resultaría notablemente ineficiente.

Están exoneradas explícitamente del pago de contraprestaciones por concepto del espectro aquellas frecuencias que se utilicen para adelantar programas sociales del Estado, por motivos que son semejantes a los antes señalados.

Ahora bien: el legislador deja abierta la posibilidad de que el gobierno nacional determine otras frecuencias o bandas exentas del pago de contraprestaciones, de manera que los casos antes examinados no son necesariamente los únicos en que procede la exoneración al régimen general. Salta a la vista que el uso del espectro para propósitos de investigación, aplicaciones industriales, científicas y médicas podría estar involucrado en el tratamiento excepcional que prescribe el legislador.

No parecería posible que se aplicara el régimen excepcional para la provisión de redes o servicios de telecomunicaciones, en primer lugar porque ellos expresamente están sujetos a la regla general prevista en el artículo 13 y, en segundo lugar, por la dificultad que ello tendría para la aplicación efectiva de los principios de libre competencia, promoción de la inversión y neutralidad antes mencionados, toda vez que resultaría prácticamente imposible a la luz de tales principios conferir una exención del pago a determinados competidores en el mercado pero mantener el deber para otros, a menos que existieran bandas de uso compartido para todos los operadores.

3. CAUSA DE LA CONTRAPRESTACIÓN ECONÓMICA

La contraprestación económica entendida como el precio o retribución patrimonial que debe recibir el Estado por el espectro radioeléctrico puede originarse en razón de diversas causas. El régimen derogado vinculaba el pago principalmente con el otorgamiento del permiso, bajo el criterio que una vez efectuada la asignación del espectro el titular del permiso ya tenía un beneficio, de manera que la retribución estatal no podía depender de la utilización o no que pudiera realizar de las frecuencias asignadas.

Conferido el permiso se originaba la causa del pago de la contraprestación, sea que posteriormente existiera o no uso o aprovechamiento del espectro, que era un riesgo asumido por quien era depositario del permiso.

Otros países vinculan la causa de la contraprestación con el uso efectivo del espectro asignado, de manera que no existiendo uso no se genera la obligación de pago a favor del Estado.

Aparentemente la nueva norma adopta este principio en la medida en que el artículo 13 vincula reiteradamente el pago de la contraprestación económica a la utilización del espectro, regla que tendría sentido bajo el presupuesto de que no puede existir espectro radioeléctrico sin utilizar y de que la falta de uso del espectro da lugar a la terminación del permiso y tampoco permite su renovación, como se ha mencionado.

Sin embargo, el inciso segundo del artículo 13 de la Ley 1341 de 2009 prescribe que la contraprestación económica debe pagarse con motivo del otorgamiento del permiso para la utilización del espectro, con lo cual resulta claro que la norma no modifica la causa del pago de las cargas económicas a favor del Estado, que continúa siendo en Colombia el otorgamiento del título y no el uso efectivo del espectro.

Es decir, una vez otorgado el permiso para el uso del espectro radioeléctrico con fines comerciales³⁶ surge inmediata y automáticamente para el titular del permiso la obligación de pagar por la utilización de las frecuencias radioeléctricas, según los criterios que se hayan definido para el efecto. A la luz del régimen vigente, no es razón suficiente para incumplir el pago de la obligación económica el hecho de que el recurso no se haya utilizado o no se haya explotado, circunstancia que depende enteramente de la voluntad del deudor y cuyo riesgo éste asume por completo frente al Estado.

La justificación de la regla salta a la vista en la medida en que para el Estado una vez otorgado el permiso no puede disponer del espectro asignado, de manera que en ese mismo momento se produce la causa que origina el pago de la contraprestación.

4. FINALIDAD DE LA CONTRAPRESTACIÓN

Los pagos por concepto del espectro radioeléctrico pueden tener diversas finalidades, según la política económica que adopte cada sociedad. Existen modelos en que el régimen económico del espectro está llamado a cubrir únicamente los gastos administrativos en que incurre el Estado o sus agencias por la gestión y el

36 Entendida como la provisión de redes o servicios de telecomunicaciones al público.

control del espectro. Otros países establecen sus contraprestaciones en función de los precios de mercado que puedan tener las frecuencias radioeléctricas, mientras que otros sistemas económicos administran el espectro con el fin de lograr el mayor volumen de ingresos para el tesoro público, bajo un criterio eminentemente fiscal.

Colombia ha procurado desde hace algunos años hacer tránsito hacia un modelo de cobro de frecuencias sobre la base de precios de mercado que le permita cubrir los costos administrativos por la gestión y el control del recurso, lo que no necesariamente resulta conciliable con una política fiscalista o de maximización de beneficios a favor del Estado. Sobre la base de considerar que el espectro radioeléctrico es un bien que se precisa para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones, cuanto mayor sea el valor que cobre el Estado por el espectro naturalmente más altos serán los precios que deben pagar los usuarios de los servicios en los cuales se utiliza el recurso.

De ahí que los desarrollos reglamentarios del Decreto 1900 de 1990 no establecieron un criterio fiscalista como elemento central en la determinación de las contraprestaciones por el espectro radioeléctrico.

La Ley 1341 de 2009 parecería mantener en principio esa política económica sobre el espectro, en particular para aquellas bandas en que el nivel de ocupación y la suficiencia del recurso permitan su asignación directa, en cuyo caso resultan plenamente aplicables los criterios para la determinación de las contraprestaciones descritos en el inciso primero del artículo 13, entre los que están el ancho de banda asignado, el número de usuarios potenciales, la disponibilidad del servicio, los planes de expansión y cobertura, o la demanda del espectro.

No ocurre lo mismo con aquellas bandas de frecuencias donde exista pluralidad de interesados que, por consiguiente, requieran ser asignadas mediante procesos de selección objetiva, por cuanto para el otorgamiento de permisos de estas frecuencias el régimen de contraprestaciones tiene por finalidad maximizar los recursos a favor del Estado, por mandato expreso del artículo 72 de la Ley 1341.

Esta disposición introduce un cambio de fondo en la política económica del espectro radioeléctrico, en tanto y en cuanto todo el espectro radioeléctrico cuya asignación esté sometida a proceso de selección³⁷ debe hacerse mediante procedimientos que maximicen la retribución a favor del Estado, entre ellos la subasta. Si bien la subasta puede ser un instrumento para generar un régimen económico de mercado para el espectro, que tienda a la valoración del recurso por el precio que es atribuido a las frecuencias en un mercado abierto y competi-

37 Que, como se verá más adelante, es la regla general para el otorgamiento de permisos.

vo, ello no necesariamente resulta compatible cuando la finalidad de aquélla es maximizar los recursos económicos estatales, pues con este propósito lo que la subasta busca es incrementar la base de la postura al máximo posible, con lo que se gesta una cadena especulativa de precios instaurada por la ley y auspiciada por el Estado, sin importar los efectos adversos que este tipo de políticas puede tener para los usuarios.

Este cambio en la política económica del espectro puede conducir en el futuro a un encarecimiento desmedido del recurso radioeléctrico y, por consiguiente, a que la industria prefiera evitar el aprovechamiento de un recurso natural que se encuentra disponible por otros medios sustitutos, que a la postre pueden hacer ineficiente el sector.

5. COMPETENCIAS ESTATALES EN MATERIA ECONÓMICA

En materia de las competencias estatales relacionadas con el régimen económico del espectro, la ley plantea dos innovaciones. En primer lugar, al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones se le atribuye la facultad de fijar las contraprestaciones económicas que habrán de pagarse a favor del Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones³⁸, mientras que antes esta función le correspondía al gobierno nacional.

No obstante lo anterior, el gobierno nacional mantiene la potestad para establecer bandas de frecuencia de uso libre y bandas exentas de pago de contraprestaciones³⁹, y conserva sin limitación alguna la facultad para reglamentar todo lo relativo al pago de las contraprestaciones económicas por concepto del espectro, entre ellas la forma de liquidarlas, la oportunidad para pagarlas, los procedimientos de verificación y recaudo, entre otros.

Por otra parte, es evidente que los ingresos económicos por concepto del espectro radioeléctrico corresponden al Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones⁴⁰, así como cualquier otra retribución patrimonial que a título de contraprestación deban cancelar los titulares de los permisos para el uso del espectro. Por lo tanto corresponderá a esa entidad, en forma exclusiva, adelantar los procesos para la facturación, cobro y recaudo de los derechos económicos a su favor, los cuales hacen parte integrante de su patrimonio.

38 Cfr. artículo 13.

39 Cfr. artículo 12 inciso 3.

40 Cfr. artículos 13, 37 numeral 1 y 72.

6. NUEVA ORGANIZACIÓN INSTITUCIONAL

Como se ha examinado hasta ahora, la reforma introducida al régimen del espectro radioeléctrico en la Ley 1341 de 2009 es de gran magnitud, y para corroborarlo el legislador no solo se ocupó de introducir cambios normativos de carácter sustancial y adjetivo, sino que contempla una reforma institucional sin antecedentes en el país, al crear la Agencia Nacional del Espectro (ANE)⁴¹.

La importancia que se le da al recurso radioeléctrico en la nueva ley se demuestra también con el surgimiento de una nueva entidad, de carácter técnico y adscrita al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, encargada fundamentalmente de brindar soporte a la gestión, planeación, vigilancia y control del espectro⁴².

Por cuenta de esta reforma el Ministerio dejó de tener la potestad integral sobre el espectro, y sin perjuicio de mantener aún las funciones de política, planeación, gestión, atribución y asignación del recurso, ahora cumple las funciones de gestión técnica, vigilancia y control radioeléctrico por conducto de la ANE⁴³.

Esta nueva agencia tiene la particularidad de servir como entidad de apoyo, asesoría y estudio al Ministerio, tanto en el diseño de la política como en la planeación, atribución y asignación del espectro, lo que permite que el país disponga de una institución administrativa especializada que lleve a cabo la investigación permanente y la identificación de las tendencias internacionales sobre la gestión y el control del espectro.

IV. PROCEDIMIENTOS PARA EL ACCESO AL ESPECTRO

La reforma mantiene los procedimientos que tradicionalmente han existido para el acceso al espectro radioeléctrico, aunque invierte la regla general anterior. En efecto, según el Estatuto de Telecomunicaciones derogado el espectro radioeléctrico por regla general se asignaba a solicitud de parte y excepcionalmente en circunstancias especiales mediante procedimientos de selección.

La regla general prevista en el artículo 11 de la Ley 1341 exige que los permisos para el uso del espectro radioeléctrico se otorguen mediante mecanismos de selección objetiva y sólo excepcionalmente, para casos particulares y concretos, permite el otorgamiento de dichos permisos de manera directa⁴⁴.

⁴¹ Cfr. artículo 25.

⁴² Ídem.

⁴³ Cfr. artículo 26.

⁴⁴ Con motivo de la Sentencia C-403 de 2010 de la Corte Constitucional (no publicada a la fecha), las circunstancias excepcionales se circunscriben únicamente para aquellos casos en que la asignación

A. PERMISOS POR SELECCIÓN OBJETIVA

El procedimiento de selección objetiva comienza con la determinación del número de posibles interesados en el espectro y con el análisis del nivel de ocupación, pues si concurren una y otra condiciones necesariamente debe adelantarse por mandato legal una convocatoria pública para que concurren los oferentes.

El artículo 72 de la ley dispone las reglas de los procesos de asignación del espectro con pluralidad de oferentes, es decir de aquellos procesos en que el espectro deba ser asignado por selección objetiva. Para este fin la norma dispone que habrán de asegurarse procesos transparentes en la asignación y la maximización de los recursos para el Estado, según las siguientes reglas:

En primer lugar, como se advirtió, la primera actividad del proceso será establecer si existe pluralidad de oferentes y determinar si el nivel de ocupación del espectro o la naturaleza de la asignación no permite atender a todos los interesados, pues de esa circunstancia depende que el proceso deba seguirse por selección o, de lo contrario, por asignación directa.

Para los procesos de asignación por selección objetiva se deben utilizar instrumentos para maximizar los ingresos para el Fondo, entre ellos la subasta.

Según el artículo 11, también se deben exigir en este tipo de procesos las garantías correspondientes a los interesados y naturalmente a quien resulte favorecido.

Como consecuencia del régimen económico, una vez otorgado el permiso surge para el beneficiario de éste la obligación de pagar las contraprestaciones económicas a que se haya comprometido con el Estado.

B. PERMISOS POR ASIGNACIÓN DIRECTA

Excepcionalmente el legislador permitía que en casos determinados y concretos señalados por la norma legal pudieran otorgarse los permisos para el uso del espectro radioeléctrico de manera directa, sin necesidad de adelantar un procedimiento de selección objetiva.

Los casos previstos originalmente en la ley para la asignación directa eran los siguientes:

a. Cuando el nivel de ocupación de la banda y la suficiencia del recurso permitiera atender a todos los interesados, el espectro podía asignarse directamente⁴⁵.

directa sea indispensable para mantener la continuidad del servicio y sólo como medida temporal, mientras se adelanta el proceso de selección objetiva.

45 Cfr. artículo 11.

b. Cuando primara la continuidad de un servicio o la ampliación de la cobertura, también era posible la asignación de frecuencias, independientemente de que existieran múltiples interesados o no hubiera suficiencia de recurso⁴⁶.

c. Cuando el interés general lo requiriera⁴⁷.

d. En casos de renovación de los permisos del espectro radioeléctrico, cuando se hubieran cumplido las formalidades y satisfecho las condiciones señaladas por el Ministerio⁴⁸.

e. Durante el régimen de transición de que trata el artículo 68 de la ley para quienes sometan sus permisos existentes al nuevo régimen legal.

En cualquiera de los casos antes descritos el legislador admitía que los permisos se confirieran de manera directa, pero no podía la administración incluir casos distintos que no se encontraran contemplados en las causales expresas antes reseñadas. El Ministerio tenía la facultad de aplicar o no las reglas excepcionales previstas en los literales a, b y c anteriores de manera discrecional, de modo que si esas causales para asignar directamente los permisos se cumplían, nada obstaba para que el Ministerio pudiera exigir que se adelantara un proceso de selección objetiva para su asignación.

No sucede lo mismo con los literales d y e, puesto que en esos casos la norma establece una garantía para el titular del permiso que no puede ser desconocida por la autoridad administrativa, de manera que cumplida la condición señalada en dichos literales el Ministerio debe necesariamente proceder al otorgamiento del permiso de manera directa.

La Corte Constitucional mediante la Sentencia C-403 de 2010 declaró inexecutable la posibilidad de otorgar permisos para el uso del espectro radioeléctrico de manera directa, lo que implica que en adelante todos los permisos a particulares deben estar precedidos de un proceso de selección objetiva. En ese sentido, la asignación directa del espectro queda limitada fundamentalmente para el otorgamiento de permisos de frecuencias a entidades estatales. El fallo de la Corte Constitucional limita radicalmente el procedimiento de asignación directa del espectro, al tiempo que restringe fuertemente las facultades del Ministerio para definir el tipo de procedimiento para las asignaciones. La Corte sólo admite que pueda otorgarse directamente el permiso para el uso del espectro radioeléctrico a particulares cuando resulte indispensable para mantener la continuidad del servicio (público), bajo el entendimiento de que dicho permiso debe ser estrictamente temporal, mientras se adelanta un procedimiento de se-

46 Ibid.

47 Cfr. artículo 72 inciso 3.

48 Cfr. artículo 12.

lección objetiva⁴⁹. El otorgamiento de frecuencias mediante un procedimiento distinto del autorizado comportaría la nulidad del acto, con arreglo a las normas dispuestas en el Código Contencioso Administrativo.

Por tratarse de normas de carácter procedimental, su aplicación es inmediata a partir del 30 de julio de 2009, de manera que las solicitudes de espectro radioeléctrico en curso a esa fecha tendrían que resolverse con arreglo a las normas prescritas en la Ley 1341 de 2009. Obviamente, ello no incluye los actos o permisos que a esa fecha se hayan expedido y se encuentren en trámite de notificación o de ejecutoria, que se rigen por las normas vigentes a la fecha de su expedición.

V. AUTONOMÍA E INDEPENDENCIA DE LOS PERMISOS PARA EL USO DEL ESPECTRO

La Ley 1341 de 2009 reitera de manera expresa una regla que estaba consignada ya en el ordenamiento nacional desde el Decreto Ley 1900 de 1990, en cuya virtud el permiso para el uso del espectro radioeléctrico es un acto distinto e independiente de la habilitación o concesión del servicio y de la autorización de la red.

En efecto, el artículo 10.º de la mencionada Ley 1341 señala explícitamente que la habilitación general para la provisión de redes y servicios comprende las autorizaciones respectivas sobre las redes de telecomunicaciones, pero no incluye el derecho al uso del espectro radioeléctrico.

De ahí que el artículo 11 consigne como regla fundamental que el uso del espectro requiere permiso previo y expreso otorgado por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, por ello el acto administrativo por el cual se confiere el uso del espectro (permiso) no es el mismo por el cual se habilita de manera general la provisión de la red o del servicio (registro).

Como se observa en las mencionadas disposiciones, tanto la naturaleza como la denominación de los actos que permiten el uso del espectro son distintas de las de los actos por los cuales se habilita de manera general la provisión de la red o de los servicios de telecomunicaciones. Mientras los primeros se denominan *permisos*—siguiendo la misma denominación que traía el régimen derogado—los segundos se llaman *registros*—que sustituyen la institución de las antes deno-

49 El fallo de la Corte Constitucional confirma la política legislativa que ordena seguir por regla general procesos de selección para la asignación del espectro; pero al mismo tiempo consagra limitaciones que pueden hacer más compleja e ineficiente la administración del espectro, con lo cual paradójicamente el fallo resulta limitando el acceso democrático al bien que pretende proteger.

minadas concesiones de servicios y autorizaciones de redes—. Tanto es así que al regular el servicio de radiodifusión sonora, el artículo 57 de la ley dispone explícitamente que la concesión de este servicio incluye el permiso para el uso del espectro radioeléctrico, lo que indica que se trata de dos instituciones distintas, aunque puedan concurrir en casos especiales como éste en un solo acto.

Las diferencias entre los permisos y las habilitaciones no solo son nominativas. También presentan distinciones de fondo en cuanto a la naturaleza de los derechos que involucran, pues mientras las habilitaciones no son constitutivas de derechos sino declarativas de potestades ya reconocidas en la Constitución y la ley de forma indefinida en el tiempo, los permisos sí confieren, pero de manera temporal, el aprovechamiento de un bien de uso público. Del mismo modo, existen diferencias en cuanto al objeto o propósito de cada acto: el registro hace posible el ejercicio de una actividad o prestación consistente en una prestación de red o de servicio de telecomunicación, mientras el permiso posibilita únicamente el uso de una banda o frecuencia radioeléctrica.

La naturaleza autónoma e independiente del permiso para el uso del espectro respecto de la habilitación para la provisión de la red o del servicio se manifiesta también en el régimen y plano económico: mientras el régimen económico de los permisos está previsto en el artículo 13 de la Ley 1341, las reglas económicas de la habilitación general están consignadas en el artículo 10.º y sus criterios o bases de cálculo se prescriben en el artículo 37 de la misma ley.

En cuanto a las autoridades competentes, es claro que los permisos del espectro son otorgados por el Ministerio pero su control y vigilancia corresponde a la Agencia Nacional de Espectro. Por el contrario, tratándose de las habilitaciones de redes y servicios el Ministerio tiene a su cargo tanto la inscripción como el control y vigilancia de dichas habilitaciones generales, las que son totalmente ajenas a la ANE.

Como ya se manifestó, los permisos son temporales y tienen la posibilidad de decaer en el tiempo, a diferencia de la habilitación general, que no está sujeta a término de vigencia y no desaparece por el mero transcurso del tiempo.

Así las cosas, resulta evidente que la institución del permiso para el uso del espectro radioeléctrico tiene una connotación y alcance particular o concreto, que la distingue de otras instituciones que existen en el sector de TIC, que hacen de aquellos actos incomparables, autónomos e independientes de las habilitaciones, concesiones y autorizaciones, tanto en lo jurídico como en lo económico, técnico e institucional.

VI. TÉRMINO DE RENOVACIONES DE LOS PERMISOS

El Decreto Ley 1900 de 1990 señalaba de manera expresa que los permisos para el uso del espectro radioeléctrico no podrían exceder de veinte años⁵⁰, aunque permitía su renovación por términos iguales al inicial. Dicha regla tuvo poca aplicación en la medida en que después la Ley 80 de 1993 redujo el término para las concesiones en materia de servicios de telecomunicaciones a tan solo diez años, prorrogables por un término igual al inicial. La administración interpretó que la norma de la Ley 80 había modificado el artículo 20 del Estatuto de Telecomunicaciones, con lo cual el plazo máximo de los permisos para el uso del espectro eran de veinte años incluida su prórroga.

Esta regla también fue objeto de modificación con motivo de la reforma introducida en el año 2009, toda vez que el artículo 12 de la Ley 1341 dispuso que los permisos para el uso del espectro tendrían un plazo definido inicial hasta de diez años, pero a su vez permite la renovación de aquéllos por períodos iguales al plazo inicial. La mencionada disposición, si bien mantiene el plazo inicial de diez años de los permisos para el espectro, introduce un cambio de fondo en materia de las renovaciones de éstos, en la medida en que ya no están limitados a una sola renovación, como lo consignaba antes la Ley 80, y admite renovaciones sucesivas.

Ello hace posible que las renovaciones de los permisos para el uso del espectro excedan los veinte años y puedan perdurar más tiempo, sobre la base de renovaciones periódicas cada década. Esta regla brinda mayor estabilidad al sector y permite que los titulares de los permisos para el uso del espectro puedan hacer proyecciones sobre sus negocios a muy largo plazo, con la certeza de que el régimen jurídico les permite la obtención de renovaciones sucesivas sobre los permisos del espectro que hayan obtenido.

Por otra parte, el artículo 68 de la Ley 1341 dispone una regla de transición y de aplicación limitada en el tiempo, mediante la cual se establece que los titulares de permisos para el uso del espectro vigentes a la fecha de promulgación de la ley⁵¹ que decidan acogerse al nuevo régimen tendrán derecho a que se les renueven sus respectivos permisos, conforme lo dispuesto en sus títulos originales y sin perjuicio de que una vez vencida esta renovación de transición puedan acogerse a las renovaciones dispuestas en el artículo 12. Esta norma de transición constituye un claro incentivo para que los actuales titulares de permisos se sometan a la nueva ley, comoquiera que les brinda la posibilidad

50 Decreto Ley 1900 de 1990, artículo 20.

51 El 30 de julio de 2009, mediante inserción en el Diario Oficial n.º 47.426.

de mantener sus permisos para el uso del espectro radioeléctrico, sin que se produzca su decaimiento por el vencimiento del plazo máximo de veinte años que establecía el régimen jurídico bajo el cual fueron otorgados, con lo que se busca colocar en un mismo pie de igualdad y bajo un régimen jurídico uniforme a todos los titulares de permisos para el uso del espectro.

Ahora bien: quienes voluntariamente decidan mantener sus permisos originales y no acogerse a las normas de la Ley 1341 mantendrán sus permisos pero únicamente hasta el vencimiento de ellos, motivo por el cual no podrán solicitar luego la renovación de sus respectivos permisos, comoquiera que la norma derogada bajo la cual se otorgaban establecía para ellos una vigencia máxima de veinte años.

Cabe resaltar que el nuevo régimen restablece la institución de la renovación de los permisos para el uso del espectro, prevista originalmente en el Decreto Ley 1900 de 1990, la cual difiere jurídicamente de la institución de la prórroga.

En efecto, la renovación o novación es desde el punto de vista jurídico una forma de extinción de la obligación inicial e implica una sustitución de aquella por una nueva obligación⁵². La renovación comporta el cambio de una obligación por otra distinta, aunque pueda versar sobre un mismo objeto. La renovación, entonces, no produce una simple extensión del plazo de la obligación⁵³ –como sucede en la prórroga–, sino la culminación de los compromisos iniciales y su cambio por otros nuevos.

Tratándose de los permisos para el uso del espectro radioeléctrico, es evidente que la institución jurídica adecuada es la renovación del permiso y no la prórroga de éste, comoquiera que sobre dicho recurso no pueden predicarse derechos adquiridos e ilimitados en el tiempo, como lo ha reconocido la jurisprudencia de la Corte Constitucional, al tiempo que el Estado cada vez que renueva el permiso mantiene la posibilidad de sustituir o reemplazar las obligaciones iniciales por otras distintas, con lo cual conserva la facultad de mantener actualizadas los compromisos y obligaciones sobre el espectro con el avance tecnológico de cada momento, pues no necesariamente los compromisos que se adquieren una década antes pueden ser iguales a los que requieren establecerse diez años después.

De ahí que la institución de la renovación de los permisos prevista en la Ley 1341 de 2009 introduce un cambio profundo sobre la institución de la prórroga de ellos, de manera que la institución de la renovación no resulta equiparable

52 Código Civil, artículo 1687.

53 Tal como lo señala el artículo 1708 del Código Civil, “La mera ampliación del plazo de una deuda no constituye novación; [...]”.

con la sola prolongación del plazo y el mantenimiento de las condiciones de la obligación inicial, que es el efecto generado con motivo de la prórroga de las obligaciones.

Dicho esto, cobran sentido las condiciones que sobre la renovación prescribe el artículo 12 de la Ley 1341 de 2009, que se procede a examinar a continuación:

A. EL PLAZO DE LA RENOVACIÓN

Si bien por regla general el plazo de la renovación puede ser por períodos iguales al inicial (diez años), comoquiera que se trata de una nueva obligación, el legislador posibilita que el plazo de aquélla también sea modificado por un plazo inferior, en los siguientes casos:

- por razones de interés público,
- cuando resulte indispensable para el reordenamiento nacional del espectro o
- para dar cumplimiento a las atribuciones y disposiciones internacionales de frecuencias.

Las causas para la modificación del plazo de la renovación están regladas en la ley, de manera que a nuestro juicio la administración no tiene una facultad discrecional y absoluta para introducir cambios en el plazo de la renovación por motivos distintos de los señalados por el legislador; de no ser así, el propósito de brindar estabilidad jurídica al régimen y el respeto de los principios de promoción de la inversión asociada al espectro se verían afectados.

No obstante que existe una facultad reglada en esta materia, las causales antes mencionadas son lo suficientemente amplias para involucrar dentro de ellas el conjunto de posibilidades que obliguen al Estado a introducir reducciones en el plazo de las renovaciones –claro está, siempre sobre la base de un cometido fundamental: el interés público y el beneficio colectivo para la sociedad.

B. REQUISITOS FORMALES PARA LA PROCEDENCIA DE LA RENOVACIÓN

El artículo 12 de la Ley 1341 de 2009 es reiterativo en señalar que para que exista renovación del permiso debe mediar solicitud de parte, que debe ser, por mandato legal, expresa y formulada con al menos tres meses de antelación al vencimiento del plazo.

El legislador exige entonces como requisito para que proceda la renovación del permiso que el interesado haya manifestado su voluntad de permanecer haciendo uso del espectro y mantenerse en el cumplimiento de sus obligaciones, so pena de que en caso contrario el permiso se entienda no renovado.

Si bien la manifestación de la voluntad puede, desde el punto de vista jurídico, derivarse de la realización de hechos que conduzcan de manera incontrovertible a inferir la voluntad del titular del permiso, para este caso el legislador exige que la manifestación de la voluntad del interesado sea expresa y dentro de un plazo definido. La forma natural de satisfacer estas dos condiciones, es decir, que la manifestación de la voluntad sea explícita y en una oportunidad determinada, es mediante un acto escrito con el cual el interesado manifieste inequívocamente su voluntad de que el permiso sea renovado, que debe ser puesto en conocimiento de la administración dentro del plazo señalado por el legislador.

Ahora bien: ello no implica –ni la ley exige– que la manifestación de la voluntad deba ser escrita y necesariamente en soporte físico, pues también puede hacerse de manera verbal cumpliendo con los mismos requisitos de contenido y oportunidad, máxime si se tiene en cuenta que el Código Contencioso Administrativo admite que el ejercicio del derecho de petición sea verbal o escrito.

Del mismo modo, en desarrollo de los principios y previsiones legales la manifestación de la voluntad puede hacerse a través de medios electrónicos, en línea o a través de soportes magnéticos, mediante sistemas como mensajes electrónicos o registros en las páginas electrónicas dispuestas por la autoridad competente para tal fin, con la sola condición de que cumplan con la manifestación explícita de la voluntad de renovar y que ello se verifique dentro de las oportunidades señaladas por la ley.

La ley establece tres meses de antelación al vencimiento como plazo mínimo para la manifestación de la voluntad de renovación, los cuales se cuentan conforme lo señalan las reglas previstas en el Código de Régimen Político y Municipal y en el Código Civil⁵⁴, circunstancia que no obsta para que la expresión de la voluntad pueda hacerse por el interesado con más tiempo de antelación, caso en el cual la administración tiene que dar por cumplida la condición legal prevista para la renovación.

Finalmente, la ley no señala con exactitud quién debe hacer la manifestación explícita sobre la voluntad de renovar, a quién identifica bien como parte y a quién, luego, como interesado. No cabe duda de que la parte es el sujeto que tiene una relación jurídica con el Estado en virtud de un permiso para el uso del espectro, sea persona natural o jurídica, quien puede actuar directamente, mediante apoderado o inclusive por conducto de un agente oficioso, que es una modalidad de representación admitida por la ley, que surte plenos efectos jurídicos cuando se cumplen las condiciones para su ratificación.

54 Artículos 59 del CRPM y 61 del CC.

Por su parte, por interesado no necesariamente debe entenderse que se trata del sujeto que es titular de un permiso para el uso del espectro, circunstancia que reitera la posibilidad de que la formalidad se cumpla mediante apoderados, agentes oficiosos o inclusive usuarios del titular del permiso, quienes también pueden ostentar la calidad de interesados y satisfacer el requisito de la solicitud de renovación señalada por el legislador.

C. CONDICIONES RELATIVAS A LA RENOVACIÓN

La ley dispone que el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones establecerá las condiciones para la renovación de los permisos para el uso del espectro; pero en todo caso señala expresamente aquellas condiciones que como mínimo deben observarse para ese fin:

- tener en cuenta el uso eficiente que se ha hecho del recurso;
- el cumplimiento de los planes de expansión;
- la cobertura de las redes y los servicios;
- la disponibilidad del recurso y
- los principios del artículo 75 de la Carta Política, es decir, la igualdad de oportunidades en el acceso y el evitar prácticas monopólicas sobre el recurso.

Las dos primeras condiciones imponen un análisis respecto del comportamiento previo del titular del permiso, a fin de determinar si efectivamente ha hecho uso del recurso otorgado, que este uso haya sido eficiente y haya dado cumplimiento a los planes de expansión establecidos o esperados. En consecuencia, la renovación del permiso para el uso del espectro es improcedente cuando el titular no ha hecho uso del recurso, o cuando su aprovechamiento fue ineficiente. Tampoco procederá la renovación si el titular del permiso no ha cumplido con los planes de expansión impuestos u ofrecidos.

En cambio, los tres casos siguientes ya no implican un análisis sobre los actos del titular del permiso, sino respecto de la situación fáctica que rodea el uso del espectro. Es necesario examinar para ello la cobertura de las redes y los servicios que hacen uso de las frecuencias cuyo permiso se solicita renovar. Así por ejemplo la sola magnitud de la red o el número de usuarios atendidos con el espectro pueden ser razón suficiente para considerar necesaria la renovación del permiso por el impacto adverso que tendría para la sociedad no conferirlo. En el mismo sentido, una red o un servicio incipiente que pese a haber satisfecho su titular las condiciones subjetivas antes examinadas, es decir haber hecho un uso eficiente y efectivo del espectro y haber cumplido con los planes de expansión, puede no reunir las condiciones objetivas para obtener la renovación del permiso.

Por otra parte, al momento de resolver la solicitud de renovación también corresponde examinar la disponibilidad que exista del recurso radioeléctrico, así como la observancia de los criterios constitucionales señalados en el artículo 75 de la Carta, condiciones que también escapan a la voluntad del titular del permiso.

Pero además de las condiciones legales, como se señaló, el Ministerio cuenta con facultades para establecer otras condiciones adicionales, relacionadas ya sea con los actos del titular o con aspectos objetivos predicables sobre la renovación del espectro. En todo caso, la definición y el establecimiento de esas condiciones deben cumplir con los presupuestos de publicidad, objetividad y transparencia propios de las actuaciones administrativas generales, deben ser previamente conocidas por los interesados, aplicables por igual a todos los casos y no generar en virtud de ellas tratos discriminatorios para las renovaciones.

Por otra parte, el legislador también exige que al momento de la renovación se incluya otro tipo de condiciones. A diferencia de las anteriores, que son circunstancias de las que depende el otorgamiento o reconocimiento de la renovación y por consiguiente previas a ella, las condiciones derivadas de la renovación son de naturaleza consecuencial, producto de la sustitución de las obligaciones anteriores y el cambio por las nuevas obligaciones que se derivan de la renovación del permiso.

Para este efecto, el mismo artículo 12 de la Ley 1341 dispone que al momento de renovar los permisos se incluirán condiciones razonables y no discriminatorias que sean compatibles con el desarrollo tecnológico futuro del país, la continuidad del servicio y los incentivos adecuados para la inversión.

VII. CONCLUSIONES

Para culminar es posible afirmar que las reformas introducidas recientemente al régimen legal del espectro lo ponen a tono con los principios constitucionales adoptados desde hace ya casi dos décadas y permiten una gestión del recurso acorde con los desarrollos tecnológicos.

La moderna concepción sobre el espectro planteada por la ley, más amplia y universal, demuestra la importancia que tiene este bien en las diversas actividades de la sociedad y representa un desafío en la correcta y oportuna administración de las frecuencias, para la búsqueda de un mayor desarrollo del país.

Los profundos cambios introducidos al régimen del espectro plantean un reto para la administración pública, en cuyas manos está hacer efectivas las nuevas realidades y políticas consignadas por el Congreso de la República, y asumir con decisión inquebrantable la ejecución de los nuevos postulados legales.